

Os direitos do compromissário comprador diante da falência do incorporador de imóveis¹

Marcelo Barbosa Sacramone²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Incorporação imobiliária; 3. Patrimônio de afetação na falência; 4. Patrimônio de afetação na recuperação judicial; 5. Compromisso de compra e venda de imóvel; 5.1. Natureza do compromisso de compra e venda; 5.2. Direito real de aquisição; 5.3. Outorga da escritura e adjudicação compulsória; 5.4. O direito do compromissário comprador diante da falência do incorporador; 6. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

Em 1999, foi decretada a falência de uma das maiores incorporadoras imobiliárias do país até então: a Encol S.A. A falência da Encol deixou aproximadamente 700 obras inacabadas e mais de 42 mil mutuários sem a entrega do apartamento prometido³.

A repercussão social da falência desse incorporador imobiliário expôs a relevância dos contratos de incorporação como forma de garantir o direito de moradia à grande parte da população nacional. Expôs também as vulnerabilidades das garantias dos compromissários compradores das unidades autônomas em construção, bem como a insegurança jurídica decorrente da falta de tratamento claro quanto à satisfação dos demais credores em relação às obrigações decorrentes do empreendimento imobiliário.

2. Incorporação imobiliária

A atividade de incorporação imobiliária é parte importante do processo de urbanização, pois decorre da maior procura por moradia próxima aos centros industriais e comerciais. Para maximizar a utilização dos escassos espaços urbanos, bem como para reduzir os preços por meio do ganho de escala, a atividade de construção de unidades autônomas sobrepostas destinadas à alienação passou a atender a crescente demanda por essas moradias⁴.

Nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591/1964, “considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas”.

¹ Texto originalmente publicado em *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, ano 20, v. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 2017. p. 173-194.

² Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e professor de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Autor de obras e artigos jurídicos.

³ MACIEIRA, Hellen. *O registro da incorporação imobiliária e seus aspectos seguros com o regime de afetação*: um estudo de caso da empresa Encol S.A. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, n. 182, mar./abr. 2015. p. 116.

⁴ CHALHUB, Melhim Namen. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 40.

Referida atividade é realizada pelo incorporador, caracterizado nos termos do art. 29 da Lei de Incorporações como:

Pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceita propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Pelos dispositivos, pode-se notar a complexidade do negócio jurídico de incorporação imobiliária. O negócio de incorporação imobiliária envolve a alienação ou promessa de venda de frações ideais do terreno, as quais são vinculadas às unidades autônomas a serem construídas, para a obtenção de valores imprescindíveis à edificação.

Referido negócio, ademais, compreende a obrigação de o incorporador promover os registros do memorial de incorporação no registro imobiliário; realizar ou contratar a construção do empreendimento; obter as aprovações necessárias das autoridades competentes; o habite-se, ao término da obra; e a averbação da construção da edificação para efeito de individualização e discriminação das unidades. Por seu turno, o adquirente se exonera de suas obrigações com o pagamento do preço referente à unidade autônoma adquirida⁵.

Como destacado por Orlando Gomes, o contrato de incorporação imobiliária envolve diversos negócios jurídicos que podem ser objeto de contratos diversos, como o contrato de alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno; a construção do edifício; e a instituição do condomínio. Essas “três prestações fundamentais do contrato de incorporação imobiliária fundem-se numa unidade necessária à configuração de sua causa típica, a aquisição, em regime especial de condomínio de um bem imóvel no mesmo edifício ou conjunto de edifícios”⁶.

Além da complexidade do contrato, a peculiaridade característica da incorporação imobiliária, que poderá comprometer a segurança dos adquirentes, é que as unidades autônomas vinculadas às frações ideais podem ser compromissadas aos adquirentes ainda antes de terem sido construídas. Antes ou durante a construção da edificação, as unidades autônomas futuras, vinculadas à fração ideal do terreno, poderão ser alienadas com base simplesmente no projeto de construção.

Para se evitar que as alienações ocorram sem a menor estrutura ou preparação pelo incorporador, o art. 32 da Lei 4.591/1964 exige que a comercialização das unidades autônomas pelo incorporador apenas seja realizada após o registro do memorial descritivo do empreendimento e da discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária: Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei 4.591/1964. Forense, Rio de Janeiro, n. 376, 2004. p. 85.

⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 447.

A nulidade dos compromissos de compra e venda sobre as unidades autônomas antes do cumprimento das formalidades, entretanto, deve ser atenuada. Embora o registro do memorial de incorporação deva ocorrer anteriormente à alienação, o princípio da conservação dos negócios jurídicos permite que eles sejam convalidados se forem feitos a tempo de não interferir na validade do negócio. A conservação dos contratos é realizada em virtude da preponderância dos interesses da segurança jurídica e da ausência de efetivo prejuízo ao adquirente da unidade condominial⁷.

3. Patrimônio de afetação na falência

A falta de segurança jurídica dos adquirentes de unidades imobiliárias provocou a alteração da própria Lei de Incorporação Imobiliária (Lei 4.591/1964). Em 2004, por meio da Lei 10.931/2004, acrescentou-se à Lei de Incorporação Imobiliária os artigos 31-A e seguintes, com a disciplina do patrimônio de afetação.

O artigo 31-F da Lei nº 4.591/1964, em concordância ao artigo 119, IX, da Lei nº 11.101/05⁸, exclui o patrimônio de afetação dos efeitos da decretação da falência. A exclusão do patrimônio de afetação da falência é decorrência da própria conceituação do instituto, formulado como resposta à lesão patrimonial histórica sofrida por vários adquirentes de unidades em razão de má gestão do incorporador.

Para Orlando Gomes, a afetação “consiste numa restrição pela qual determinados bens se dispõem, para servir a fim desejado, limitando-se, por este modo, a ação dos credores”⁹. Conforme disserta José Marcelo Tossi Silva,

*com a instituição do patrimônio de afetação, pretende-se criar condições para que os adquirentes das frações ideais vinculadas às unidades autônomas a construir não fiquem sujeitos a eventuais percalços financeiros que possam atingir o incorporador, sejam eles decorrentes de má gestão de seus negócios ou de outros fatores que possam acarretar a insolvência ou falência, ou possam retirar do incorporador as condições econômicas necessárias para concluir a incorporação*¹⁰.

A afetação de parcela do patrimônio do devedor a determinada finalidade impede que referido patrimônio seja contaminado ou sofra efeitos das demais obrigações contraídas por aquele devedor. O terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados serão mantidos apartados

⁷ Nesse sentido, ver: GUERRA, Alexandre. Incorporações Imobiliárias. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 641. Em sentido contrário: BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócios jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 196-7.

⁸ Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

Art. 119, IX. Os patrimônios de afetação, constituído para cumprimento da destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 203.

¹⁰ SILVA, José Marcelo Tossi. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173.

do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

A disposição legal permite a formação de uma unidade patrimonial em decorrência do empreendimento a ser realizado, com a conseqüente redução da garantia geral de adimplemento dos demais credores. Os bens atrelados a essa atividade passam a responder exclusivamente pelas dívidas contraídas para a sua consecução e não se confundem com os outros bens de titularidade do incorporador, que garantem os demais credores¹¹.

Por seu turno, o titular desse patrimônio de afetação perde seu direito de livre disposição e utilização de seus bens, cujo exercício ficará condicionado ao cumprimento da finalidade para a qual foi constituído o patrimônio de afetação¹². Nesses termos, apenas poderá constituir garantias reais sobre os bens em razão de operação de crédito que reverta integralmente para a realização do empreendimento e poderá ceder os créditos da comercialização das unidades, mas o produto das cessões permanecerá como integrante do patrimônio de afetação. Deverá o incorporador, ainda, manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação, conservar a contabilidade separada dos demais empreendimentos e apresentar balancetes e demonstrativos à Comissão de Representantes dos adquirentes.

Essa limitação da garantia geral dos credores, para que lhes seja eficaz, deverá ser realizada mediante publicidade por meio da averbação no Registro de Imóveis. Como negócio jurídico, não poderá sua constituição ser utilizada para prejudicar terceiros, o que poderá ocorrer se houver fraude à execução ou fraude contra credores.

Diante da falência do devedor, desta forma, o patrimônio separado continua afetado à consecução da incorporação imobiliária e não será partilhado entre os demais credores do incorporador. O patrimônio separado não integra a massa falida objetiva a ser liquidada para a satisfação da coletividade dos credores e, portanto, não será arrecadado pelo administrador judicial.

Decretada a falência do incorporador, os adquirentes poderão, no prazo de sessenta dias, reunir-se em assembleia para deliberar sobre a instituição do condomínio de construção, eleição dos membros da comissão de representantes e pela continuação da obra ou liquidação do patrimônio de afetação.

Caso deliberem pela continuidade da obra, a administração passará a ser exercida pela Comissão de Representantes dos adquirentes, que passará a receber diretamente as prestações devidas pelos adquirentes das unidades, conforme os contratos anteriormente celebrados. Referida Comissão, ainda, deverá colocar à venda os apartamentos não alienados pela incorporadora para que possa, com o produto da venda, pagar as dívidas contraídas para o desenvolvimento do próprio empreendimento. Apenas o remanescente, após concluída a obra, será arrecadado pela Massa Falida.

Os demais credores não adquirentes das unidades, como prestadores de serviços etc., têm suas obrigações garantidas em relação aos ativos do patrimônio. Pela Lei de

¹¹ CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 351.

¹² CHALHUB, Melhim Namen. A afetação patrimonial no direito positivo brasileiro. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 668.

Incorporação Imobiliária, caso os adquirentes decidam prosseguir com a continuidade da obra, ficarão sub-rogados nas obrigações e encargos da incorporação, aos quais, assim, serão direcionados os créditos titularizados pelos demais credores não adquirentes (art. 31-F, §§ 11 e 12).

Nesse ponto, inclusive, a Lei 10.931/2004, em seu art. 9º, determinou que as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias vinculadas ao patrimônio de afetação e existentes até a decretação da falência deverão ser pagas em até um ano da deliberação de continuidade da obra ou até a concessão do habite-se. O não pagamento das referidas obrigações acarreta a ineficácia da deliberação pela continuação da obra pelos adquirentes e a desafetação da incorporação, com a arrecadação e liquidação dos ativos pela Massa Falida.

Se deliberarem pela liquidação do acervo, o empreendimento também não será arrecadado pela Massa Falida. A Comissão deverá promover a alienação do ativo da incorporação, pagar os credores decorrentes do empreendimento conforme a ordem de preferência e restituir aos credores as quantias despendidas por cada qual para a aquisição das unidades. Apenas o saldo remanescente, caso existente, será arrecadado pela Massa Falida.

4. Patrimônio de afetação na recuperação judicial

Se o patrimônio de afetação foi instituído justamente para evitar que os adquirentes das unidades sofressem com a má gestão do incorporador e com a possibilidade de constrição sobre o empreendimento em razão de débitos não diretamente correlacionados às unidades, o instituto também deverá ser aplicado analogicamente à recuperação judicial, embora inexista referência expressa a esta.

A falta de condições econômicas necessárias para concluir a incorporação é justamente o que motivaria o empresário a requerer a recuperação judicial para submeter as relações jurídicas afetadas ao patrimônio de afetação a novo regime jurídico, conforme proposto no plano de recuperação judicial.

Essa autonomia do incorporador para alterar as condições das relações jurídicas relacionadas ao empreendimento, contudo, foi suprimida pela Lei Especial de Incorporação Imobiliária, que submeteu qualquer alteração do empreendimento à vontade da maioria absoluta do voto dos adquirentes das unidades. Após a instituição do patrimônio de afetação, o incorporador deverá manter os bens e direitos objeto da incorporação apartados e não poderá se utilizar dos recursos capitados para fins diversos; além disso, os próprios demonstrativos do estado da obra devem corresponder aos recursos financeiros e quaisquer modificações propostas pelo incorporador devem ser aprovadas pelos adquirentes.

A supressão da autonomia decisória é ainda mais expressa nos arts. 31-F, §§ 1º e 2º, c.c. 43, VI, da Lei 4581/1964. Neles está previsto que a mera paralisação ou retardo da obra permitirá aos adquirentes, por maioria absoluta, prosseguir nas obras em detrimento do incorporador, com a instituição do condomínio da construção. Se a eles foi garantida essa autonomia por ocasião da mera paralisação, o mesmo poder deve ser também atribuído por ocasião de situação mais gravosa, como alteração nas próprias relações jurídicas.

A novação das relações jurídicas dos adquirentes afetadas à incorporação imobiliária, nesses termos, não poderá ser realizada em Assembleia Geral de que participem todos os credores relacionados ao devedor, nem pelo quórum qualificado de maioria dos presentes de cada classe, como previsto na Lei Falimentar, no art. 45.

Desta forma, afetado o patrimônio, a modificação de suas relações jurídicas submete-se a regime especial não compatível com o procedimento da recuperação judicial, de modo que a ela não se submete.

5. Compromisso de compra e venda de imóvel

O patrimônio de afetação, entretanto, não é imposto como de instituição obrigatória pela Lei. Sua instituição fica a critério do incorporador imobiliário, que poderá averbar termo a qualquer tempo no Registro de imóveis. Poderá o incorporador, por outro lado, não optar por esse regime de proteção aos adquirentes¹³.

À falta de instituição do patrimônio de afetação, o consumidor passa a ter a garantia exclusivamente decorrente do instrumento contratual por ele celebrado com o incorporador imobiliário. Dentre os contratos possíveis a serem celebrados, o mercado de construção civil tem optado largamente pela utilização da promessa de compra e venda das frações ideais vinculadas ao empreendimento imobiliário.

Em eventual falência do incorporador, o art. 119, VI, da Lei de Falência e Recuperações, estabelece que, à míngua da instituição do patrimônio de afetação, será aplicada à promessa de compra e venda de imóveis a legislação respectiva.

A Lei de Incorporação Imobiliária, por seu turno, ao disciplinar a promessa de venda de frações ideais vinculadas às unidades autônomas, estabeleceu que, uma vez registrada, conferiria direito real oponível a terceiros. Atribui-se direito à adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra (art. 32, §2º).

Cumprido, portanto, verificar no que consistem esses direitos do promissário comprador, conforme o preenchimento dos requisitos do compromisso de compra e venda das frações ideais vinculadas à unidade autônoma do empreendimento imobiliário sob incorporação.

5.1. Natureza do compromisso de compra e venda

O compromisso de compra e venda é contrato preliminar e não implica, ainda que satisfeito e registrado, a transferência imediata dos direitos de propriedade sobre a fração ideal do terreno vinculada à unidade autônoma do empreendimento imobiliário. Satisfeitas as demais condições, ao promitente vendedor e ao promissário comprador é imposta a obrigação de celebrarem o contrato definitivo de compra e venda.

Essa natureza como contrato preliminar, todavia, somente até certo ponto é aplicável ao compromisso de compra e venda. As partes não se restringem, no compromisso, a

¹³ Para Chalhub, a discricionariedade do incorporador para instituir o patrimônio de afetação não seria lógica: "Trata-se de caso esdrúxulo, em que é o devedor quem decide se prestará ou não prestará garantia do cumprimento de suas obrigações". (CHALHUB, Melhim Namen. A afetação patrimonial no direito positivo brasileiro. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 677)

se obrigarem à celebração do contrato principal. No compromisso de compra e venda, o intuito predominante dos contratantes consiste na alienação do imóvel e na garantia do pagamento do preço e, pelo comprador, na aquisição do imóvel¹⁴.

Ainda que alguns efeitos do contrato principal sejam antecipados pelo compromisso de compra e venda, como a possibilidade de atribuição da posse do bem ao promissário, o compromisso de compra e venda continua a revelar a intenção das partes de postergarem para momento futuro a celebração de um contrato definitivo de compra e venda¹⁵, exceto em caso de previsão expressa em Lei¹⁶.

Para a transferência do direito real de propriedade quanto à fração ideal, o contrato definitivo é imprescindível. No direito brasileiro, a escritura definitiva é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país (art. 108, do CC).

Para que o promissário comprador possa ser considerado proprietário, assim, é imprescindível a celebração do contrato definitivo de compra e venda, embora não seja o único requisito para tanto. O Código Civil, no art. 1.245, exige, além do contrato definitivo, o registro desse título translativo no Registro de Imóveis.

5.2. Direito real de aquisição

Desde que o compromisso de compra e venda seja celebrado por instrumento público ou particular, não tenha cláusula de arrependimento e tenha sido registrado no Cartório de Registro de Imóveis, o art. 1.417 do Código Civil atribui ao promissário comprador direito real de aquisição do imóvel, oponível a terceiros.

A disposição é corroborada pelo art. 32, §2º, da Lei 4.591/1964, que assegura o direito real oponível a terceiro ao promissário comprador do imóvel, cuja promessa de compra e venda será sempre irrevogável.

Esse direito de aquisição do imóvel foi inserido no art. 1.225, VII, do Código Civil, dentro do rol dos direitos reais. Caracteriza-se por exigir do promitente vendedor a outorga da escritura definitiva em relação à coisa compromissada em detrimento de qualquer outro adquirente posterior.

O direito de exigir da parte adversa um comportamento é tipicamente pessoal. No caso do promissário comprador, ele assume características de direito real ao poder ser oponível erga omnes a partir do registro do compromisso de compra e venda.

¹⁴ AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compromisso de Compra e Venda*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20 e seguintes.

¹⁵ BDINE JÚNIOR., Hamid Charaf. Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Direito Registral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 826. Em sentido diverso: TRISTÃO, Eduardo. *Compromisso de compra e venda*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Direito Registral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3, p. 762. Para o autor, “apresenta-se o direito brasileiro a meio caminho entre o direito francês e o alemão. Se por um lado não chega ao extremo de conferir à simples convenção o atributo de alienar a coisa vendida, como o faz o direito francês, por outro elimina a necessidade de um segundo contrato, destinado a transmitir o domínio, tal qual ocorre no direito germânico”.

¹⁶ A Lei 9.785/1999, Lei do Parcelamento do Solo, previu em seu art. 26, §6º, a possibilidade de os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerem como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.

O direito real de aquisição do promitente comprador do imóvel afeta a coisa prometida ao adquirente. Sua concessão restringe o poder de disposição do promitente vendedor. “Restringe o poder de disposição ínsito no seu domínio sobre o imóvel, limitando-o ao poder-dever de celebrar a escritura definitiva do imóvel com o promitente comprador, nos termos do contrato de promessa”¹⁷.

Pelo direito real de aquisição, ao titular confere-se o direito de sequela. A publicidade do registro garante que o promissário comprador possa fazer prevalecer seu direito em face do próprio promitente vendedor ou de quaisquer outros promissários compradores posteriores da coisa prometida.

O direito real de aquisição, entretanto, não se confunde com o direito de propriedade. Ele permanece como direito real sobre coisa ainda titularizada pelo promitente vendedor. A promessa de compra e venda não é suficiente para a transferência do domínio do imóvel. Para tanto, é “indispensável a celebração do contrato definitivo e seu registro posterior”¹⁸.

Esse direito real de aquisição, contudo, transfere ao compromissário adquirente o direito de uso, gozo e cessão do referido direito. Pago o preço, “sobra ao proprietário, que conserva esse título jurídico por mera conveniência, a inexorável obrigação de figurar como alienatário do bem na escritura”¹⁹. Obrigação que será transmitida a qualquer futuro adquirente do imóvel, ainda que o domínio tenha sido transferido pelo promitente vendedor.

5.3. Outorga da escritura e adjudicação compulsória

Satisfeito o preço convencionado no compromisso de compra e venda, a Lei garante o direito do compromissário comprador de exigir a celebração do contrato definitivo de compra e venda da parte adversa (art. 463, caput, do CC).

Caso estivesse prevista cláusula de arrependimento, o contratante não precisaria celebrar o contrato definitivo. Seu arrependimento poderia gerar à parte adversa direito a exigir o pagamento da cláusula penal, se prevista, ou indenização por perdas e danos em razão da rescisão. Não se poderia, contudo, impedir à parte adversa o exercício regular de seu direito contratual previsto. Para proteger o compromissário, todavia, no caso de incorporações imobiliárias, a lei impôs a obrigação de irretratabilidade dos compromissos (art. 32, §2º, da Lei 4.591/1964).

Não existindo a possibilidade de o vendedor se retratar, o promissário comprador, diante da inércia do vendedor em lhe outorgar a escritura, poderá requerer ao juiz o suprimento da vontade do vendedor inadimplente, de modo a conferir caráter definitivo ao contrato preliminar. Essa exigência de cumprimento do contrato é direito pessoal do contratante e decorrente da relação contratual entre as partes celebradas. Por ser direito pessoal, não se exige o registro.

Referida afirmação não contraria o art. 1.418, do Código Civil, o qual exigiria o direito real de aquisição, e, por consequência, o registro do compromisso, para que

¹⁷ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. O contrato de compra e venda. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (coord.). *Direito imobiliário*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 580.

¹⁸ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002*. Op. cit., p. 843.

¹⁹ TRISTÃO, Eduardo. *Compromisso de Compra e Venda*. Op. cit., p. 785.

o compromissário comprador exigisse do promitente vendedor a outorga da escritura definitiva de compra e venda ou, caso houvesse recusa, a pretensão direta ao juiz para que lhe concedesse a adjudicação do imóvel. A mesma disposição é contida no art. 32, §2º, da Lei 4.591/1964, que prevê que o direito de adjudicação compulsória perante o incorporador é garantido se registrado o compromisso.

Ainda que a Lei exija expressamente a titularidade do direito real de aquisição para o requerimento da adjudicação compulsória, essa medida simplesmente supre a recusa imotivada do promitente em celebrar o contrato definitivo, ou seja, em outorgar a escritura definitiva de compra e venda. Funda-se, portanto, em direito pessoal, haja vista que os efeitos reais de transferência da propriedade estão condicionados ao registro desse título translativo no Registro de Imóveis (art. 1.245, do CC).

Fundada em direito pessoal, o registro do compromisso de compra e venda é dispensável à tutela pretendida. Independentemente do registro, já há obrigação contratual do promitente em celebrar o contrato definitivo, a qual deveria ser cumprida e, na inércia do contratante, poderá ser suprida pelo juiz.

A pretensão à adjudicação, assim, leva a resultado equivalente à sentença condenatória de obrigação de fazer, em que o juiz poderá determinar a medida necessária para a obtenção de resultado equivalente à tutela específica²⁰. Para Humberto Theodoro Júnior, “perdeu sentido a tentativa de construção de uma tese que distingua a ação real de adjudicação compulsória da ação pessoal do cumprimento da obrigação de contratar. Tudo agora foi colocado no plano pessoal do cumprimento do contrato de compromisso de compra e venda, de sorte que a ação de adjudicação compulsória e a ação de outorga de escritura definitiva são a mesma coisa”²¹.

5.4. O direito do compromissário comprador diante da falência do incorporador

Ainda que tenha direito real à aquisição do bem imóvel, o compromisso de compra e venda, embora registrado, não é suficiente para a transferência da propriedade. O direito do promissário adquirente à outorga da escritura definitiva de compra e venda ou à adjudicação compulsória não o constitui proprietário da fração ideal vinculada à unidade autônoma do empreendimento imobiliário. Até que haja o registro da escritura definitiva no Registro de Imóveis, nos termos do art. 1.245, do Código Civil, o adquirente não é titular do direito real de propriedade do imóvel pretendido.

Referido registro, entretanto, é expressamente proibido pela Lei após a decretação da falência do incorporador, ainda que toda a contratação tenha se realizado anteriormente a essa. O artigo 129, VII, da Lei 11.101/2005 estabelece que, decretada a falência do incorporador, o registro de direitos reais ou a transferência de propriedade entre vivos realizados posteriormente a essa será considerado ineficaz em relação à massa falida, exceto se tiver ocorrido prenotação anterior.

²⁰ O Superior Tribunal de Justiça passou a admiti-la mesmo sem o registro do compromisso de compra e venda. Basta que não haja cláusula de arrependimento. Nesse sentido, ver: Súmula 239, do STJ: “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução Forçada: obrigação de contratar: compromisso de compra e venda: adjudicação compulsória. *Ensaios jurídicos*, v. 1, p. 81.

Para Valverde, sobre norma correlata do art. 52, VII, do Decreto-Lei 7.661/1945, a lógica do dispositivo é que a decretação da falência implica

*a perda imediata para o falido do direito de administrar seus bens e deles dispor, separa-se o patrimônio sujeito à execução falimentar, cujas transformações não mais dependem da vontade exclusiva das partes interessadas, mas da lei que regula o novo estado jurídico*²².

Pela rigidez do dispositivo, diante da falência do alienante, ao adquirente somente sobraria pleitear a devolução do preço pago mediante a habilitação de crédito no quadro geral da falência. Procedimento pelo qual se submeteria à ordem geral de preferência de pagamentos dos credores, com a liquidação dos ativos do empresário devedor.

Contudo, a própria lei falimentar franqueou ao administrador judicial, nos contratos bilaterais, a possibilidade de cumprir os contratos, desde que o cumprimento reduza ou evite o aumento do passivo da massa falida ou seja necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê (art. 117, da Lei 11.101/2005).

A justificativa para esse dispositivo é decorrente da própria utilidade do cumprimento do contrato à Massa Falida. Nas situações em que o cumprimento do contrato importar para a Massa Falida redução do seu passivo, em decorrência da não habilitação do crédito daquele adquirente e de eventual dificuldade para a liquidação do bem imóvel ou obtenção do valor pago, o administrador judicial poderia optar pelo cumprimento do contrato, com a outorga da escritura definitiva de compra e requerimento ao juiz de autorização para registro da transferência no Registro de Imóveis competente.

Exceção à conveniência do cumprimento do contrato bilateral pelo administrador judicial da Massa Falida e mesmo diante de sua impossibilidade por falta de recursos é a hipótese de incorporação imobiliária. Ainda que não haja patrimônio de afetação averbado, a Lei 4.591/1964 assegurou aos adquirentes do imóvel, independentemente da manifestação do administrador judicial, o direito de prosseguir na construção da edificação para a entrega das unidades autônomas.

Nos termos do art. 43, inciso III, da Lei de Incorporação, quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, em caso de sua falência, poderá a maioria decidir pelo prosseguimento da construção da edificação. Apenas se não for possível à maioria prosseguir na construção, o bem será arrecadado e liquidado pela massa falida. Nessa hipótese, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador.

Aos adquirentes, assim, a despeito da falência do incorporador, é atribuído o direito de, por maioria de votos em Assembleia Geral, prosseguirem na construção do empreendimento. Caso optem pelo exercício desse direito, a jurisprudência permitiu que contratassem outra construtora e, para tanto, inclusive que alienassem as unidades não comercializadas pela incorporadora originária, chamadas unidades estoque, bem como as unidades dos adquirentes que não aderirem ao prosseguimento da obra²³.

²² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 394.

²³ STJ, REsp 1115605/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07/04/2011.

Embora não haja expressa permissão legal na lei de incorporação, a transferência da propriedade das frações ideais aos adquirentes e a possibilidade de alienarem as demais unidades não comercializadas para viabilizar a continuidade da obra são conforme os princípios da Lei de Incorporação Imobiliária. Assegura-se, com a possibilidade de continuidade da obra e transferência da propriedade, os direitos da coletividade dos adquirentes e a função econômica e social do contrato de incorporação imobiliária. Outrossim, promove-se o princípio da maximização do valor dos ativos e redução dos passivos no procedimento falimentar, ao possibilitar a maior satisfação dos credores.

Para que a efetivação desses princípios através da possibilidade de assunção do empreendimento possa ser real, os adquirentes que prosseguirem com a construção da obra, pessoalmente ou por meio de associação constituída, e a nova construtora por eles contratada não poderão ser considerados sucessores da incorporadora falida. Os adquirentes devem responder apenas pelas obrigações inerentes à continuidade da construção e não serão responsabilizados por quaisquer outras obrigações contraídas pelo incorporador falido, ainda que contraídas em decorrência da construção do empreendimento imobiliário.

Ademais, a decisão da maioria dos adquirentes de prosseguir a obra, com a destituição do antigo incorporador, obriga os demais adquirentes discordantes, que não poderão obstar a continuidade. Nos termos do art. 49 da Lei 4.591/1964, a vinculação aos adquirentes dissidentes ou discordantes somente não ocorrerá nas deliberações que afetarem seu direito de propriedade.

A interpretação do dispositivo deve ser que o credor que não pretender a continuidade da obra não será obrigado a despender novos recursos com a construção ou com a contratação de novo incorporador. Referidos credores, contudo, não terão direito ao empreendimento ou às unidades que lhes foram compromissadas. Poderão simplesmente habilitar o montante que efetivamente despenderam para a aquisição das unidades, além de eventual indenização pelo inadimplemento, e serão satisfeitos, conforme a ordem de preferência, com o produto da liquidação dos demais bens do incorporador falido²⁴.

6. Conclusão

A proteção aos compromissários compradores de imóveis em construção em razão da falência do incorporador imobiliário motivou o legislador a alterar a disciplina da incorporação imobiliária, com a criação de novos institutos jurídicos.

Esses novos institutos, contudo, de imposição apenas facultativa e à conveniência do próprio incorporador, não evitaram que novas falências prejudicassem o direito dos mutuários, nem que fossem novamente expostas as vulnerabilidades das garantias dos compromissários adquirentes e dos demais credores diante da crise econômico-financeira do incorporador imobiliário.

Sem disposição legal expressa quanto à separação dos ativos para a continuidade da construção do empreendimento pelos compromissários compradores e à míngua da instituição do patrimônio de afetação, a repercussão social negativa causada pela falência do incorporador somente poderá ser atenuada com uma interpretação dos dispositivos

²⁴ STJ, AgInt no REsp 1.331.007 /DF, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01/12/2016.

legais que preserve os direitos da coletividade dos adquirentes e a função econômica e social do contrato de incorporação imobiliária.

Bibliografia

AZEVEDO JUNIOR, José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Compromisso de compra e venda em face do Código Civil de 2002. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Direito Registral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. (Coleção Doutrinas Essenciais)

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Professor Agostinho Alvim, coord. Renan Lotufo).

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHALHUB, Melhim Namen. *A afetação patrimonial no direito positivo brasileiro*. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CHALHUB, Melhim Namen. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUERRA, Alexandre. *Incorporações Imobiliárias*. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. O contrato de compra e venda. In: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (coord.). *Direito imobiliário*. São Paulo: Atlas, 2015.

MACIEIRA, Hellen. *O registro da incorporação imobiliária e seus aspectos seguros com o regime de afetação: um estudo de caso da empresa Encol S.A. Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, n. 182, mar./abr. 2015.

SILVA, José Marcelo Tossi. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução Forçada: obrigação de contratar: compromisso de compra e venda: adjudicação compulsória. *Ensaios jurídicos*, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei 4.591/1964*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TRISTÃO, Eduardo. *Compromisso de compra e venda*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Direito Registral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. (Coleção Doutrinas Essenciais)

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.